

Comunicación a la Ponencia Temática III

**ARTÍCULO 81.2 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA
PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR EL
PERSONAL DE LA EMPRESA. ¿ES RETRIBUCIÓN?**

PATRICIA NIETO ROJAS
Becaria FPU
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. ARTÍCULO 81 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES. 2.1. Asistencia financiera para la adquisición de acciones por el personal. 2.2. Ámbito de aplicación de la excepción. 2.2.1. Personal. 2.2.2. Sociedad intermedia. 2.2.3. Administradores sociales y personal de Alta Dirección. 2.2.4. Terceros. 2.3. La asistencia financiera ¿Es retribución?—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento español, el sistema de participación de los trabajadores en la empresa se asienta en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE) en una economía de libre mercado. El mandato constitucional de promover las diversas formas de participación en la empresa (art. 129.2 CE) impone un deber a los poderes públicos¹, que no ha sido materializado en pronunciamientos legislativos relevantes, ni en el ordenamiento laboral ni en el mercantil². Uno de los escasos desarrollos normativos de este precepto se produjo con la modificación introducida en la ley de Sociedades Anónimas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989³, que llevó a cabo la transposición de la **Segunda Directiva 77/91/CEE**⁴ del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, en lo sucesivo segunda Directiva, recientemente modificada por la Directiva 2006/68/CEE, de 6 de septiembre de 2006⁵.

Esta Directiva impulsó dos mecanismos de participación de los trabajadores en el capital social. En primer lugar, legitimó la adquisición derivativa de acciones propias para distribuirlas entre el personal de la

¹ VIDA SORIA, J., PRADOS REYES, F. J.: «Artículo 129. Principios constitucionales sobre la participación social», en ALZAGA, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, Edersa, 1996, p. 95.

² RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «El derecho a la participación en la empresa y la Seguridad Social», en AA.VV.: *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. Granada: Comares, 2002, p. 701.

³ Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. BOE de 27/12/1989.

⁴ Diario Oficial núm. L 026 de 31/01/1977.

⁵ En la materia objeto de esta comunicación no se han producido modificaciones significativas.

empresa o de una sociedad ligada a ésta (art. 19.3 Directiva) y, en segundo lugar, excepcionó del régimen general prohibitivo las operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones de la sociedad o de otra sociedad del grupo por los empleados (art. 23.2 Directiva).

La integración en la estructura societaria es una de las formas que puede adoptar la participación económica de los trabajadores en la empresa. La atención comunitaria sobre la participación financiera ⁶ y el uso creciente de estos mecanismos en empresas que están respondiendo de manera eficiente a los retos económicos confirman la relevancia adquirida por estos esquemas participativos. En el actual contexto económico, donde el capital humano de los empleados determina la ventaja competitiva de las empresas, la retención de los trabajadores se torna en un elemento definitorio para asegurar la permanencia en el mercado. La lógica empresarial vigente, imbuida por la búsqueda constante de eficiencia y calidad, ha constatado que la implicación de los trabajadores en el capital social aumenta el compromiso de los empleados con la empresa, que redundará en incrementos de productividad y rentabilidad.

En la práctica, la participación accionarial de los trabajadores ha sido instrumentada mediante diversas vías: distribución gratuita de acciones, entrega de opciones sobre acciones o a través de la asistencia financiera dirigida a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la empresa. Este último mecanismo, regulado en el artículo 81.2 LSA, presenta numerosas implicaciones laborales, especialmente cuál es el ámbito de aplicación de la excepción y la posible naturaleza salarial de las atribuciones patrimoniales derivadas de estas operaciones.

El objetivo de la presente comunicación es analizar el régimen jurídico de la asistencia financiera prestada por la sociedad para la adquisición de acciones por los trabajadores. Para ello, identificaremos qué negocios pueden encuadrarse en esta operación, los requisitos que debe observar y el ámbito subjetivo de aplicación de este mecanismo societario.

2. ARTÍCULO 81 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES

El artículo 81.1 LSA prohíbe, con carácter general, la prestación de asistencia financiera a terceros para la adquisición de acciones propias

⁶ Como último exponente, la comunicación COM (2002) 364 final, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores.

o de una sociedad afín. Esta prohibición persigue suprimir prácticas empresariales consistentes en la concesión de préstamos a terceros que puedan suponer un riesgo patrimonial a la sociedad, bien alterando la estructura de poder o distrayendo recursos propios para financiar dichas operaciones. El objetivo natural de esta prohibición es impedir operaciones concertadas para la toma de control de la sociedad ⁷.

No obstante, el propio artículo 81 LSA exceptúa de este régimen general prohibitivo los negocios dirigidos a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la empresa o de otra sociedad de grupo (art. 81.2 LSA) y las operaciones realizadas por bancos o entidades de créditos en el ámbito de operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad (art. 81.3 LSA). Estas excepciones se fundamentan en la especial calidad de las partes; en las entidades de crédito, la asistencia financiera forma parte de su actividad ordinaria y en las operaciones dirigidas a facilitar la integración de los trabajadores en el capital social, esta excepción responde a un objetivo de política social ⁸.

2.1. Asistencia financiera para la adquisición de acciones por el personal

Debemos calificar como asistencia financiera, a los efectos del artículo 81.2 LSA, cualquier operación que desde el punto de visto económico sea relevante y que tenga como efecto un anticipo de fondos que permita a los beneficiarios (trabajadores) adquirir acciones de la sociedad empleadora o de otra sociedad del grupo. La propia norma establece los tres negocios más utilizados —anticipos, préstamos o garantías— pero establece una cláusula de cierre en la que se incluye cualquier otra operación que tenga como resultado directo una atribución patrimonial a un tercero que posibilite la adquisición por éste de acciones de la compañía.

Para que opere la excepción prevista en el artículo 81.2 LSA debe existir un nexo causal entre el negocio de auxilio financiero y la adquisición de acciones, únicamente se podrá hablar de asistencia financiera cuando la finalidad de la norma sea facilitar la adquisición de acciones por un tercero; existe, en consecuencia, **una relación de causalidad de carácter netamente final** ⁹.

⁷ Sobre los orígenes de esta prohibición, VAQUERIZO ALONSO, A.: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*. Madrid: Civitas, 2003, p. 49 y ss.

⁸ PAZ-ARES, C.: «Negocios sobre las propias acciones», en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de las sociedades del capital*. Madrid: Civitas, 1987, p. 604.

⁹ VAQUERIZO ALONSO, A.: «Asistencia», *op. cit.*, p. 126.

En la legislación societaria española, no existe una manifestación expresa sobre los requisitos que deben respetar las operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por los trabajadores, pero la propia literalidad de la Segunda Directiva y una interpretación teleológica de la norma instan a defender que será necesario el uso de bienes libres de la sociedad y la dotación de **una reserva equivalente a los créditos anotados en el activo en concepto de asistencia financiera**¹⁰. El artículo 23 de la Segunda Directiva menciona dichas exigencias sin hacer ninguna distinción entre las dos excepciones legales (adquisición de acciones por los trabajadores y operaciones de entidades de crédito). En el anteproyecto de la LSA se contemplaba la obligatoria constitución de una reserva, por lo que la no inclusión de este extremo en el artículo 81.2 LSA ha sido calificada como un «*olvido del legislador*»¹¹.

Por último, nos debemos preguntar si la asistencia financiera está sujeta a algún límite cuantitativo. La ratio que exceptiona de la prohibición general de auxilio financiero a aquellas operaciones que tengan como finalidad la adquisición de acciones por los trabajadores —fomentar su participación en el capital social— implica la no limitación cuantitativa de estas operaciones¹².

Existe una presunción *iuris tantum* sobre la licitud de estos negocios, que sólo podrá ser desvirtuada si se demuestra que el objetivo del auxilio financiero es defraudar a los acreedores o actuar en contra del interés social; en estos casos, la operación será afectada por la prohibición general¹³.

2.2. Ámbito subjetivo

El artículo 23.2 de la Segunda Directiva en materia de sociedades establece que se exceptuarán del régimen general prohibitivo los negocios de auxilio financiero que tengan como objetivo la **adquisición de acciones por el «personal» de la sociedad o de una sociedad afín a ésta**.

¹⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*. Granada: Comares, 2001, p. 341.

¹¹ VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *El régimen jurídico de la autocartera*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 495; VAQUERIZO ALONSO, A.: «Asistencia», *op. cit.*, p. 530. En contra de esta tesis, BAYONA JIMÉNEZ, R.: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en *Aranzadi RDS*, núm. 19, 2002, p. 405.

¹² PAZ-ARES, C., PERDICES, A.: «Los negocios sobre las propias acciones», en URÍA, R.; MENÉNDEZ, C., OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 472.

¹³ VAQUERIZO ALONSO, A.: *Op. cit.*, p. 519.

Esta imprecisión fue una auténtica «*carta blanca*»¹⁴ para los legisladores nacionales; la fuerte tradición normativa sobre fórmulas de participación accionarial de los trabajadores en otros Estados miembros, especialmente en Inglaterra y Francia, forzó que la redacción comunitaria optase por un término ambiguo a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 23.2 de la Directiva.

2.2.1. *Personal de la empresa o de una sociedad del grupo*

En España, el artículo 81.2 LSA reprodujo el genérico término «*personal*», terminología que no es utilizada en el ordenamiento laboral para encuadrar a los sujetos tutelados por el ET. No obstante, todos los trabajadores sujetos a una relación laboral común¹⁵ pueden ser asistidos financieramente por la sociedad para la adquisición de acciones en el marco del régimen excepcional previsto en el artículo 81.2 LSA. Las recomendaciones comunitarias en materia de participación financiera instan a incluir al mayor número posible de trabajadores, evitando distinciones arbitrarias, así la Comunicación (2002) 364 final relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores insiste en la progresiva incorporación de todos los empleados con independencia del tipo de contrato que les una a la sociedad.

La finalidad de la norma (**facilitar la participación accionarial de los trabajadores en la empresa en sentido económico**) justifica que la Segunda Directiva **integre en la excepción los negocios de asistencia financiera para la adquisición de acciones por los trabajadores de cualquier sociedad de grupo y no exclusivamente de la sociedad empleadora**. La redacción de la norma comunitaria prevé que cualquier sociedad del grupo pueda facilitar cauces de financiación para la adquisición de acciones, propias o de otra sociedad, a todos los trabajadores del grupo.

La solución adoptada por el legislador español: «*Lo dispuesto en el apartado anterior* (prohibición general de asistencia financiera) *no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo*» se aparta de la Directiva, ya que el trabajador sólo podrá obtener la

¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art. 81.2 LSA)», en *RDBB*, núm. 47, 1992, p. 834.

¹⁵ Inclusión unánime en la doctrina mercantilista: FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Op. cit.*, p. 813; VAQUERIZO ALONSO, A.: *Op. cit.*, p. 525; VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Op. cit.*, p. 491; PAZ-ARES, C., PERDICES, A.: «Comentario», *op. cit.*, p. 409; PAZ-ARES, C.: «Negocios», *op. cit.*, p. 677; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: «La asistencia», *op. cit.*, p. 336; BAYONA GIMÉNEZ, R.: *Op. cit.*, p. 358.

asistencia financiera de la sociedad donde presta sus servicios, no de cualquier sociedad del grupo ¹⁶.

2.2.2. *Sociedad intermedia para la adquisición de acciones*

El artículo 23.2 de la Directiva establece que se exceptuarán del régimen general prohibitivo «*las operaciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a ésta*». La transposición de este artículo al ordenamiento jurídico español ¹⁷, en la que no se incluyó la expresión «*para el personal*», ha supuesto un primer elemento divergente entre la doctrina mercantilista. La dicción literal de este precepto no prohíbe la articulación de un mecanismo colectivo de ahorro para la adquisición de acciones para el personal de la empresa ¹⁸, por tanto, entiendo que sería posible la creación de una sociedad intermedia que tuviese como objeto social la adquisición de acciones de la sociedad empleadora o de alguna sociedad del grupo ¹⁹. Una interpretación conforme con la Directiva y la propia finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil) deben forzar la admisión de estas sociedades en el marco de operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por los empleados ²⁰.

En otros Estados miembros, la creación de estas entidades colectivas ha sido un éxito para la adquisición y gestión de activos por los trabajadores. En Inglaterra, los fidecomisos (*trust*) y en Francia, los planes de ahorro colectivos (*plan d'épargne entreprise*) cuentan con una amplia tradición legislativa y empresarial. En principio, los trabajadores pueden ser reacios a concentrar su capital exclusivamente en su empresa pero si se crea un mecanismo colectivo que diversifique su inversión, los posibles riesgos se reducen.

La escasa tradición legislativa en España sobre fórmulas de participación de los trabajadores en el capital social y la inexistencia de me-

¹⁶ VÁZQUEZ CUETO: *Op. cit.*, p. 492; PAZ-ARES, C., PERDICES, A.: «Comentarios», *op. cit.*, p. 475.

¹⁷ Artículo 81.2 LSA: «*Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo*».

¹⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Asistencia», *op. cit.*, p. 842. *Vid.*, del mismo autor: «Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario», en *RDM*, núm. 234, 1999, p. 1407.

¹⁹ En esta dirección, BAYONA GIMÉNEZ, R.: *Op. cit.*, p. 378; VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Op. cit.*, p. 491.

²⁰ En contra de esta tesis, GARCÍA CRUCES, J. C.: «Comentario al artículo 81 LSA», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 813; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *Op. cit.*, p. 340.

canismos de representación colectiva de los trabajadores accionistas, a diferencia de lo que ocurre en Francia o en Italia, ha dificultado la creación de sociedades intermedias destinadas a la adquisición de acciones por los trabajadores.

2.2.3. *Administradores sociales y personal de Alta Dirección*

La inclusión o exclusión del personal de alta dirección y de los administradores sociales, en la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA, ha sido justificada por normas laborales. El Derecho del Trabajo diferencia entre los administradores, excluidos en el artículo 1.3 c) ET de la tutela del ordenamiento laboral, y la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección regulada en el artículo 2.1 a) ET y desarrollada por el Real Decreto 1382/1995, de 1 de agosto. Esta distinción laboral ha servido de base para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 81.2 LSA ²¹.

En consecuencia, la expresa exclusión de los administradores del ordenamiento laboral, motivada por la ausencia de dependencia en la prestación del trabajo, prohíbe el desarrollo de negocios de auxilio financiero para la adquisición de acciones por la sociedad ²². Esta tendencia legislativa sigue la política iniciada en otros Estados miembros, con una fuerte tradición normativa sobre fórmulas de participación accionarial de los trabajadores; así, en Francia los artículos 106 y 145 de la Ley de Sociedades excluyen expresamente a los administradores de los negocios de asistencia financiera con independencia de la finalidad de esta operación. En Alemania, la legislación establece la prohibición de conceder créditos a los miembros de la dirección o del Consejo de Administración sin el consentimiento expreso de la Junta General y en Italia, el artículo 2.624 del Código Civil prohíbe que los administradores reciban dinero de la sociedad mediante operaciones de asistencia financiera.

El origen de la prohibición está en la facultad de intervención activa de los administradores en el órgano de administración y en los posibles conflictos de intereses entre la sociedad asistente y los administradores asistidos. No obstante, los administradores sí que podrán adquirir acciones u opciones sobre acciones de la compañía o de una sociedad del grupo en virtud de lo dispuesto en el artículo 130 LSA, que establece

²¹ Por todos, PAZ-ARES, C.: «Negocios», *op. cit.*, p. 604.

²² La exclusión de los administradores es, a juicio de FERNÁNDEZ DEL POZO, *aventurada*. «Revisión crítica a la prohibición de asistencia financiera», en *RDS*, núm. 234, *op. cit.*, p. 186. Por el contrario, se muestran a favor: PAZ-ARES, C.: «Comentario», *op. cit.*, p. 480; VAQUERIZO ALONSO, A.: *Op. cit.*, p. 525; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *Op. cit.*, p. 336; VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Op. cit.*, p. 496.

que si parte de la retribución de los administradores consiste en la entrega de acciones de la sociedad o de una sociedad de grupo, esta previsión debe estar consignada en los Estatutos de la sociedad y ser autorizada por la Junta General.

Respecto a los trabajadores de alta dirección, sujetos a una relación laboral de carácter especial, pueden quedar incluidos en el marco de la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA²³, en tanto, que esta relación basada en la recíproca confianza de las partes, lo que difumina la nota de dependencia, no les excluye del ordenamiento laboral.

2.2.4. Terceros

Algunos autores²⁴ van más allá y defienden que la propia racionalidad del artículo 129.2 CE y la finalidad social de esta norma mercantil podrían ser títulos habilitantes para incluir como beneficiarios a otras personas, excluidas del ordenamiento laboral, pero que mantienen una relación de dependencia respecto a un poder de dirección. Los falsos autónomos, los trabajadores «parasubordinados», o trabajadores que ya no presten servicios en la sociedad podrían ser incluidos en operaciones de asistencia financieras impulsadas por la sociedad.

Entiendo que, de la redacción actual del artículo 81.2 LSA, no es dable esta interpretación. No obstante y con el objetivo de favorecer la participación en la empresa, sería conveniente que, de *lege ferenda*, el ámbito subjetivo de aplicación se extendiese también a personas que mantienen o hayan mantenido una relación de dependencia respecto a un poder de dirección, con independencia del vínculo contractual que les una a la sociedad asistente.

Finalmente, nos debemos plantear si la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA sólo puede arbitrarse de un modo colectivo, es decir, si la operación de asistencia financiera debe enmarcarse en un plan de participación colectiva, bien para la totalidad de la plantilla o para una colectividad de trabajadores, o sería posible integrar, en el marco de esta excepción, operaciones financieras dirigidas a un único trabajador.

Aunque los estudios económicos sobre participación accionarial de los trabajadores han establecido una correlación entre aumento de productividad y mayor número de beneficiarios, la empresa podría facilitar la entrada de un único empleado, valioso en términos empresariales, en

²³ Por todos, FLORES DOÑA, M. S.: *Op. cit.*, p. 302.

²⁴ PAZ-ARES, C., PERDICES, A.: «Comentarios», *op. cit.*, p. 478; BAYONA GIMÉNEZ, R.: *Op. cit.*, p. 358.

el capital social, asistiendo financieramente dicha operación, y que este negocio se encuadre en la excepción del artículo 81.2 LSA²⁵. No obstante, en la mayoría de los Estados miembros, para poder optar a los beneficios fiscales, será necesario que la oferta de asistencia financiera se realice dentro de la política retributiva general de la empresa, o en su caso, del grupo de sociedades.

2.3. La asistencia financiera, ¿es retribución?

La legislación societaria no establece nada sobre la naturaleza del beneficio obtenido en las operaciones de asistencia financiera. Esta ganancia será determinada por la diferencia entre el valor de la acción en el mercado bursátil y el precio de venta ofertado por la empresa. Esta anomia no elimina las claras implicaciones que la calificación de esta atribución tiene en el ordenamiento jurídico laboral.

El requisito fundamental para poder participar en las operaciones de asistencia financiera es mantener un vínculo laboral con la sociedad asistente u otra sociedad del grupo. Partiendo de esta tesis, **este descuento forma parte de la retribución de los trabajadores asistidos, en tanto, que esta operación tiene un valor económico cuantificable y trae causa en el contrato de trabajo**, que se configura como una condición para participar en la operación.

El artículo 141.2 TCE califica como retribución *el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*. Las operaciones de asistencia financiera generan una atribución patrimonial susceptible de valoración económica que podría ser, en consecuencia, calificada como retribución.

A sensu contrario es dable otra interpretación. El ámbito subjetivo de aplicación de los negocios exceptuados de la prohibición general de asistencia financiera están delimitados por las normas laborales, pero estas operaciones no retribuyen el trabajo y por tanto quedan fuera del ordenamiento laboral.

Esta es la postura adoptada por la doctrina mercantilista que califica la **asistencia financiera como un negocio jurídico mercantil** que nun-

²⁵ En contra de esta tesis, VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Op. cit.*, p. 165; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *Op. cit.*, p. 339; VAQUERIZO ALONSO, A.: *Op. cit.*, p. 521. Defienden que la operación de asistencia financiera con un único trabajador desvirtúa el fundamento dogmático de la excepción (favorecer la participación accionarial de los trabajadores, entendidos éstos como una colectividad).

ca podrá tener naturaleza salarial. Si la operación tuviese naturaleza retributiva estaríamos ante un complemento del salario y, por tanto, debería excluirse del concepto de asistencia financiera. Los trabajadores pueden ser retribuidos mediante acciones, no por estar incluidos en la excepción societaria, sino porque en materia remuneratoria es posible esta atribución²⁶; lo que el artículo 81.2 LSA permite es que, excluidos estos supuestos, los trabajadores puedan adquirir acciones mediante la asistencia financiera de la sociedad²⁷.

En cambio, otros autores²⁸, apartándose de la posición mayoritaria, califican este auxilio financiero como un complemento salarial específico a los que se refiere el artículo 26.3 ET, vinculado a la condición del trabajador ordinario y dependiente de la situación o resultados de la empresa.

En el ordenamiento laboral no existe ninguna mención a las ventajas patrimoniales derivadas de la concesión de un préstamo por el empresario para la adquisición de acciones por los empleados²⁹, pero en la medida que este préstamo puede traducirse en un ahorro para el trabajador cabría, en determinados supuestos, su calificación como salario.

El artículo 26 ET ofrece una definición amplia de salario: «*se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables por trabajo*».

Esta redacción permite la calificación como salario de atribuciones patrimoniales que tengan una relación directa con la prestación de servicios, pero también la inclusión de partidas no directamente relacionadas pero que *influyen en el desarrollo de la misma*³⁰. Desde una perspectiva jurídico-laboral el salario es la contraprestación empresarial al trabajo prestado. Existe un indisoluble nexo de causalidad entre las prestaciones de trabajador y empresario, por tanto, deben reputarse salario todas las atribuciones patrimoniales que tengan como causa mediata o inmediata la prestación laboral con independencia del *nomen iuris*.

²⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Participación», *op. cit.*, p. 388; BAYONA GIMÉNEZ, R.: *Op. cit.*, p. 466.

²⁷ BAYONA GIMÉNEZ, R.: *Op. cit.*, p. 386.

²⁸ FLORES DOÑA, M. S.: *Op. cit.*, p. 301.

²⁹ FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 227.

³⁰ ROMERO BURILLO, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 44, 2002, p. 79.

Existe una presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario ³¹ y quien alegue la extrasalariedad de una partida tendrá la carga de la prueba para demostrar que la causa es ajena a la prestación profesional ³². A pesar de esta *vis atractiva*, **la calificación de una partida como salarial sólo será posible si esta atribución es la contraprestación empresarial del trabajo prestado**. Todas las partidas que «respondan» a un ánimo diverso al remuneratorio, ya sea compensatorio, indemnizatorio, aunque se reciban con ocasión de la vigencia de la relación laboral, quedarán fuera del concepto de salario.

Por tanto, sólo podrán ser calificadas como salario aquellas operaciones financieras que retribuyan el trabajo, por ejemplo, si una empresa oferta la asistencia financiera entre los elementos que conforman el paquete salarial y el trabajador acepta esta fórmula como retribución de sus servicios, parece clara la naturaleza salarial de este mecanismo. Del mismo modo, la ganancia obtenida por un negocio de auxilio financiero si la participación en dicha operación está condicionada al cumplimiento de determinados objetivos, previamente pactados en el contrato de trabajo, tendrá naturaleza salarial.

En cambio, el reconocimiento generalizado a todos los trabajadores constituye un indicio para calificar esta partida como extrasalarial, más cercana a los denominados beneficios accesorios, cuyo origen está en la relación laboral pero no en la retribución estricta del trabajo ³³. Estas atribuciones o utilidades, dinerarias o en especie ³⁴, son un elemento de diferenciación empresarial. Tesis contraria es la mantenida en la STSJ de Galicia, de 7-5-2002 ³⁵ que calificó como salario el beneficio obtenido por una trabajadora que había comprado acciones con descuento, en base a que esta ganancia tuvo su origen y causa en la relación de trabajo y se explica en cuanto remuneradora también de los servicios prestados.

3. CONCLUSIONES

La integración de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera para la adquisición de acciones de la sociedad o de una sociedad afín a ésta (art. 81.2 LSA) plantea numerosas implicaciones para el ordenamiento laboral.

³¹ Por todas, STS de 19-6-1995 (Ar. 5204).

³² MOLERO MANGLANO, C.: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 311.

³³ STS de 9-2-1987 (As. 800).

³⁴ MERCADER UGUINA, J. (Dir.): *El contenido económico de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 2005, p. 101 y ss.

³⁵ STSJ de Galicia, de 7-5-2002 (AR 2253).

Las operaciones de asistencia financiera son atribuciones patrimoniales susceptibles de valoración económica. Este beneficio se determina por la diferencia entre el valor de la acción en el mercado y el precio ofertado por la empresa. Para poder participar en las operaciones de asistencia financiera, será necesario un vínculo laboral entre la sociedad asistente u otra sociedad del grupo y el trabajador.

Por tanto, **esta operación trae causa en el contrato de trabajo y genera una atribución patrimonial para el trabajador asistido.** Requisitos exigidos para calificar una partida como parte de la retribución de un trabajador. En cambio, sólo tendrá naturaleza salarial si la operación de asistencia financiera es la contraprestación empresarial al trabajo prestado.

La importancia creciente de estos mecanismos exige **un tratamiento expreso por el legislador laboral que se pronuncie sobre la naturaleza de estas atribuciones y los efectos de esta calificación.** La autonomía del Derecho del Trabajo respecto a otras ramas del ordenamiento implica la irrelevancia a efectos laborales de las disposiciones tributarias o mercantiles sobre estas fórmulas.

La inexistencia de un marco legislativo de fomento de la participación de los trabajadores en el capital social ha dificultado una implantación generalizada de estas fórmulas ³⁶, limitándose, en la mayoría de los supuestos, a pactos individuales con trabajadores con un alto poder de negociación.

No obstante, no debemos admitir una interpretación reduccionista de la participación accionarial de los trabajadores, que establezca de manera incondicional la conveniencia o no de estos mecanismos. El fomento de estas fórmulas responde a objetivos diversos, un reciente estudio de la Comisión Europea ³⁷ destaca entre los principales objetivos de la participación financiera la consecución de una mayor implicación de los trabajadores en la marcha de la empresa que tendrá una correlación positiva en los niveles de empleo o flexibilidad salarial.

En esta dirección, la Comunicación (2002) 364 final, relativa a un marco para la participación financiera en la empresa subraya que los efectos positivos de estas fórmulas se incrementarán si la participación financiera es el resultado de una estrategia corporativa empresarial que necesariamente incluya otras técnicas de recursos humanos (políticas de

³⁶ Los ordenamientos que han establecido un marco legislativo de fomento de estas fórmulas la implantación es mucho más elevada, véase la COM 2002 (364) sobre las diferencias entre los Estados miembros.

³⁷ VAN DEL BULCKE, F.: *Una perspectiva empresarial de la participación financiera en la UE. Objetivos y obstáculos*. Bruselas: Comisión Europea, 2000.

conciliación de la vida laboral y personal, técnicas de compensación flexible, políticas de calidad total) que apuesten por una implicación real de los trabajadores en la empresa.

Bibliografía

- ALZAGA, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.
- BAYONA GIMÉNEZ, R.: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en *Aranzadi RDS*, núm. 19, 2002.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La participación retributiva: evolución y tendencias», en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 29, 2003.
- *Configuración jurídica del salario*. Granada: Comares, 2001.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*. Granada: Comares, 2001.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en *RDBB*, núm. 47, 1992.
- «Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario», en *RDM*, núm. 234, 1999.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- FLORES DOÑA, M. S.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*. Madrid: Edersa, 2002.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario en especie*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA: *Las percepciones extrasalariales*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
- MERCADER UGUINA, J. (Dir.): *El contenido económico de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 2005.
- MOLERO MANGLANO, C.: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*. Madrid: Dykinson, 1997.
- PAZ-ARES, C.: «Negocios sobre las propias acciones», en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de las sociedades del capital*. Madrid: Civitas, 1987.
- , PERDICES HUERTO, A.: «Los negocios sobre las propias acciones», en URÍA, R.; MENÉNDEZ, C.; OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «El derecho a la participación a la empresa y la Seguridad Social», en MONEREO, J. L.; MOLINA, C.; MORENO, N. (Coords.): *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. Granada: Comares, 2002.
- ROMERO BURILLO, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 44, 2002.

- VAN DEL BULCKE, F.: *Una perspectiva empresarial de la participación financiera en la UE. Objetivos y obstáculos*. Bruselas: Comisión Europea, 2000.
- VAKERIZO ALONSO, A.: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*. Madrid: Civitas, 2003.
- VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Régimen jurídico de la autocartera*. Madrid: Marcial Pons, 1995.